DIE ERSATZAUSSONDERUNG IM KONKURSE

unter besonderer Berücksichtigung des Eigentumsvorbehalts.

DISSERTATION

zur Erlangung
der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

CURT UNGER
Rechtsanwalt in
Liegnitz.

Druck:
H. Krumbhaar, Liegnitz
1929

DIE ERSATZAUSSONDERUNG IM KONKURSE

unter beſonderer Berückſichtigung des Eigentumsvorbehalts.

DISSERTATION

zur Erlangung
der juriſtiſchen Doktorwürde
der rechts- und ſtaatswiſſenſchaftlichen Fakultät
der Univerſität zu Breslau

vorgelegt von

CURT UNGER
Rechtsanwalt in
Liegnitz.

Druck:
H. Krumbhaar, Liegnitz
1929

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und ſtaatswiſſenſchaftlichen Fakultät
der Univerſität Breslau.

Berichterſtatter:
Oberlandesgerichtsrat Profeſſor Dr. SCHOTT.

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern
in Dankbarkeit zugeeignet.

Inhaltsverzeichnis.

I. **Einleitung** 1

II. **Welche Voraussetzungen hat der Ersatzaussonderungsanspruch?**

1. Die aussonderungsfähigen Gegenstände . . 3
2. Die Veräußerung der Gegenstände 7
3. Die Gegenleistung 14

III. **Welchen Inhalt hat der Ersatzaussonderungsanspruch?**

1. Wenn die Gegenleistung noch aussteht . . . 18
2. Wenn die Gegenleistung zur Masse eingezogen worden ist 20

IV. **Zu welcher Zeit muß das Ersatzaussonderungsrecht bestanden haben?** 22

V. **Welchen Rechtsgrund hat der Ersatzaussonderungsanspruch?** 24

VI. **Kann der Eigentumsvorbehalt einen Ersatzaussonderungsanspruch begründen?** 28

VII. **Welche konkursrechtliche Natur hat der Ersatzaussonderungsanspruch?** 34

Verzeichnis
der benützten Bücher und Schriften.

v. Aufseß: Konkursrecht und Konkursverfahren 1899.

Brückner: Der § 46 der Konkursordnung Diss. Leipzig 1904.

Entscheidungen des Reichsgerichts für Zivilsachen.

Fitting: Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, 3. Aufl. 1904.

Grünhut: Zeitschrift für Privat- und öffentliches Recht.

Hahn: Materialien der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes.

Hellmann: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts 1907.

Hellwig: Über Erweiterung des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche mit besonderer Beziehung auf § 38 der Reichskonkursordnung im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 68, Seite 217 ff.

Hullmann: Konkursordnung für das Deutsche Reich 1879.

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl. 1916.

Juristische Wochenschrift.

Kisch: Grundriß des Deutschen Konkursrechts, 3. Aufl. 1925.

Kleinfeller: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts 1912.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts 1891.

Kohler: Leitfaden des Konkursrechts, 2. Aufl. 1903.

Konkurs- und Treuhandwesen, Monatsschrift für Wirtschaft und Recht.

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

Mandry-Geib: Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Auflage 1898.

Markowitz: Erweiterungen und Beschränkungen des Aussonderungsrechtes, Diss. Breslau 1909.

Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung 1926:

Meyer-Bleyer: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 2. Auflage 1921.

Mewes: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 1881.

Meisner: Die Deutsche Konkursordnung 1881.

Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. 1: Die Gläubiger 1891.

Oetker: Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur in Zeitschrift für Deutsche Zivilprozesse, Bd. 25 S. 1 ff.

Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Auflage 1900.

Richter: Eigentumsvorbehalt und vertraglich vereinbarte Ersatzaussonderung für den Fall des Konkurs- und Vergleichsverfahrens im Konkurs- und Treuhandwesen, Monatsschrift für Wirtschaft und Recht 1928 S. 4.

Rintelen: Das Konkursrecht, 2. Aufl., 1902.

Ruß: Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs in „das Recht des Kraftfahrers" 1928 S. 38.

v. Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl. 1901.

Schneider: Der sogenannte Ersatzaussonderungsanspruch im Konkurse, Diss. Breslau 1910.

Seuffert's Archiv.

Sieburg: Das Aussonderungsrecht, Diss. Breslau 1906.

Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht 1899.

A. S. Schultze: Das deutsche Konkursrecht 1880.

Stieglitz: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 1887.

Sydow-Busch-Krieg: Konkursordnung, 14. Aufl. 1926.

v. Völderndorff: Konkursordnung für das Deutsche Reich, 2. Auflage 1885.

Wengler: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 1879.

Wiesing: Das Aussonderungsrecht im Konkurse, Diss. Jena 1910.

v. Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung, 6. Aufl. 1906.

Willenbücher: Die Konkursordnung, 3. Aufl. 1909.

Wolff: Die Konkursordnung, 2. Aufl. 1921.

Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.

Zeitschrift für Zivilprozeß.

Zeitschrift für Handelsrecht.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0188

I. Einleitung.

Wie aus den monatlich erscheinenden Zusammenstellungen zu entnehmen ist, ist die Zahl der neu eröffneten Konkursverfahren immer noch ganz beträchtlich [1]).

Es erhebt sich deshalb für jeden Menschen, insbesondere für jeden Kaufmann, die Frage, wie er sich am besten vor Verlusten bei Konkursen schützen kann. Verkauft A dem B Waren, welche dieser nicht sofort bezahlt, und fällt B in Konkurs, so kann A seine Kaufpreisforderung nur als Konkursforderung geltend machen. Er bekommt also nur die sogenannte Konkursdividende, d. h. einen bestimmten Prozentsatz seiner Forderung, welcher in den seltensten Fällen über 30 v. H. hinausgehen dürfte.

Steht der Verkäufer A nun besser da, wenn er sich an den von ihm an den B verkauften Sachen das Eigentum vorbehalten hat? Wie wirkt der Eigentumsvorbehalt im Konkurse?

Befinden sich die von A verkauften Sachen noch im Besitze des in Konkurs geratenen B, dann kann sie A aus der Konkursmasse herausverlangen. Er hat ein sogenanntes Aussonderungsrecht. Denn das Konkursverfahren umfaßt nach § 1 der Konkursordnung das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.

[1]) Vgl. die Zusammenstellungen in der monatlich erscheinenden Zeitschrift Konkurs- und Treuhandwesen Heft 1—12 des Jahrgangs 1928.

Weil sich A beim Verkaufe der Sachen das Eigentum vorbehalten hat, sind sie nicht in das Eigentum des B gelangt. Sie gehören also nicht zur Konkursmasse und können deshalb von A gemäß § 43 KO. mittels der rei vindicatio herausverlangt (ausgesondert) werden.

§ 43 KO. besagt nämlich, daß die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörenden Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen bestimmen.

Wenn jedoch B die ihm von A unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen vor Konkurseröffnung an C weiterveräußert hat, so kommt eine Aussonderung nicht in Frage, da sich die Sachen dann nicht mehr in der Konkursmasse befinden. Hier bleibt zu prüfen, ob etwa eine sogenannte Ersatzaussonderung, welche von der Konkursordnung im § 46 behandelt ist, in Betracht kommt. Dieser Paragraph lautet folgendermaßen:

„Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräußert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist."

II. Welche Voraussetzungen hat der Ersatzaussonderungsanspruch?

1. Die aussonderungsfähigen Gegenstände.

Es sollen zunächst die Voraussetzungen erörtert werden, unter welchen der Ersatzaussonderungsanspruch gegeben ist.

Erste Voraussetzung zur Geltendmachung des Ersatzaussonderungsanspruches ist, daß es sich um aussonderungsfähige Gegenstände handelt. Das Gesetz bezeichnet sie als solche, deren Aussonderung vom Berechtigten hätte beansprucht werden können, falls sie nicht veräußert worden wären.

Unter Gegenstand versteht man nicht nur Sachen im Sinne des § 90 BGB., d. h. körperliche Gegenstände, sondern auch Forderungen und sonstige Rechte. In der Regel wird es sich allerdings um körperliche Gegenstände handeln, welche von dem Gemeinschuldner bzw. dem Konkursverwalter veräußert worden sind. Doch ist es auch durchaus denkbar, daß Forderungen ausgesondert werden können. Besonders gilt dies von denjenigen, welche an den Besitz einer Urkunde geknüpft sind. Denn dann ist die Forderung in der Urkunde verkörpert und deshalb als Sache zu behandeln [2]). Aber auch alle übrigen Forderungen müssen als aussonderungsfähig bezeichnet werden. Dies ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz

[2]) Endemann S. 341 ff., Schneider S. 6, Sieburg S. 8, Völdendorff S. 442.

anstelle des im § 22 der Preuß. Konkursordnung gebrauchten Wortes „Sache" den Ausdruck „Gegenstand" gesetzt hat. Dadurch sollten alle Zweifel, die etwa darüber entstehen könnten, ob auch die Forderungen aussonderungsfähig sind, beseitigt werden. Dies ist aus den Protokollen [3]) mit aller Deutlichkeit zu entnehmen. Die Aussonderung von Forderungen wird jedoch nicht sehr häufig praktisch werden, weil infolge der Unkörperlichkeit der Forderung und ihrer stärkeren Verknüpfung mit einer bestimmten Person nur sehr wenige Fälle denkbar sind, in denen ein Streit über die Person des Berechtigten entstehen kann [4]). Bei der Zession und bei der Stellvertretung kommt eine Aussonderung von Forderungen dann in Betracht, wenn über die Gläubigerschaft des Gemeinschuldners und des Aussondernden Zweifel bestehen [5]).

Aussonderungsfähige Gegenstände im Sinne des § 46 KO. sind auch alle selbständigen Vermögensrechte und sonstige Rechte, welche veräußert werden können und die nach § 43 KO. zur Aussonderung geeignet sind. Dazu gehören auch dingliche Rechte an Sachen des Gemeinschuldners. Die Berechtigten haben, falls die Rechte von dem Gemeinschuldner bzw. dem Konkursverwalter veräußert worden sind, einen Anspruch aus § 46 KO.

Der Begriff der Aussonderungsfähigkeit hat weiter zur Voraussetzung, daß die Gegenstände, welche ausgesondert werden sollen, auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes aus der Konkursmasse in Anspruch genommen werden können. Von keiner Seite bestritten wird, daß ein Ersatzaussonderungsanspruch dann gegeben ist, wenn der Berechtigte den Gegenstand auf Grund eines dinglichen Rechtes aus der Konkursmasse herausverlangen könnte. Hierbei kommt in der Mehrzahl der Fälle der

[3]) Protokolle S. 28 ff. und 103 ff.
[4]) Endemann S. 341 ff., Schneider S. 6, Sieburg S. 8, v. Böldern-dorff S. 442.
[5]) Schneider S. 6, Sieburg S. 8, v. Völderndorff S. 444.

Eigentümer in Betracht, welcher mit der rei vindicatio die ihm gehörenden Sachen beansprucht. Ferner ist es aber auch möglich, daß der frühere Besitzer gemäß § 1007 BGB. oder auch jeder andere dinglich Berechtigte, sei es der Erbbauberechtigte, der Berechtigte von Grunddienstbarkeiten usw., die Herausgabe aus der Masse verlangen bzw. einen Ersatzanspruch nach § 46 KO. geltend machen können.

Ob jedoch auch auf Grund persönlichen Rechts in jedem Falle ein Ersatzaussonderungsanspruch gegeben ist, kann aus dem Grunde streitig sein, weil im § 43 KO., welcher die Aussonderung behandelt, aussdrücklich erwähnt ist, daß auch ein persönliches Recht in Betracht kommt, während § 46 KO. nichts ähnliches bestimmt. Daß auch schuldrechtliche Ansprüche auf Aussonderung einer Sache, wie die des Hinterlegers, Verleihers oder Verpfänders, einen Ersatzaussonderungsanspruch gewähren, wird von Hellwig [6]) und von Kohler [7]) bestritten, während z. B. Jäger [8]), Oetker [9]), Petersen-Kleinfeller [10]) und Stieglitz [11]) der Ansicht sind, daß sie ebenso wie dingliche Ansprüche zur Anwendung des § 46 KO. führen können.

Hellwig behauptet, daß die Ersatzaussonderung nur unter Genehmigung der Veräußerung verlangt werden könne. Diese Genehmigung müsse jedoch vom Eigentümer ausgehen und nur dieser könne den Ersatzaussonderungsanspruch geltend machen.

Oetker gibt für seine Ansicht keine Begründung.

Eine Genehmigung der Veräußerung kommt aber schon dann nicht in Betracht, wenn die Veräußerung von vornherein wirksam geworden ist. Dies trifft für alle diejenigen

---

[6]) S. 237 ff., mit S. 235.
[7]) Leitfaden S. 116.
[8]) Anm. 7 zu § 46 KO.
[9]) ZZP. Bd. 25 S. 76.
[10]) Anm. 8 zu § 46 KO.
[11]) S. 244.

Fälle zu, in denen der Dritterwerber auf Grund gutgläubigen Erwerbes Eigentümer wird. M. E. ist mit den oben angeführten Schriftstellern zu bejahen, daß auch schuldrechtliche Ansprüche einen Ersatzaussonderungsanspruch begründen können. Dafür spricht, wie Jäger [12]) mit Recht ausführt, die unterschiedslose Fassung des § 46 und seine Stellung am Schlusse des Titels „Aussonderung". Dies wird auch in der Begründung zum Entwurfe einer Konkursordnung [13]) betont, indem dort gesagt wird, der § 46 habe allgemeine Geltung; er sei auf alle Fälle anwendbar, in denen, wenn die fremde Sache oder Forderung noch nicht veräußert worden wäre, ihre Herausgabe aus der Konkursmasse hätte verlangt werden können; sie solle daher auch die Fälle der §§ 44, 45 KO. treffen. Die Ehefrau kann natürlich einen Anspruch aus § 46 KO. nur dann herleiten, falls sie den Eheerwerb nach § 45 KO. selbst aussondern dürfte, also nur, wenn sie den Beweis erbringt, daß dieser nicht mit Mitteln ihres in Konkurs geratenen Mannes erworben worden ist.

Für den Eigentümer, der eine Sache hinterlegt, verliehen, vermietet oder sonst auf Grund eines die Rückgabepflicht begründenden Vertrages überlassen hat, ist es von großer Bedeutung, ob schuldrechtliche Ansprüche die Ersatzaussonderung begründen können oder nicht. Denn bei Anerkennung auch persönlicher Rechte als Voraussetzung des Anspruches aus § 46 KO. bleibt ihm der Nachweis seines Eigentums erspart.

Wenn dingliche und persönliche Ansprüche auf Aussonderung derselben Sache derart zusammentreffen, daß sie verschiedenen Personen zustehen, so ist im Konkurse ebenso zu verfahren wie außerhalb des Konkurses bei kollidierenden Ansprüchen. Die Urheberbenennung gemäß § 76 ZPO. wird in sehr vielen Fällen als Folge der

[12]) Anm. 7 zu § 46 KO.
[13]) S. 187.

widerstreitenden Interessen in Betracht kommen. Auch § 986 BGB. wird unter Umständen von den streitenden Parteien herangezogen werden können. Danach kann gemäß Abs. 1 Satz 1 der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Folgender Fall soll die Sache veranschaulichen.

A vermietet seine Sache dem B, B verleiht sie weiter an C, welcher in Konkurs fällt. In diesem Falle kollidieren die Aussonderungsansprüche des A als Eigentümer und des B als Verleiher. Der Konkursverwalter des C kann nun gegenüber dem Eigentümer A die Herausgabe der Sachen verweigern, falls und solange B dem A gegenüber zum Besitze berechtigt ist [14]).

Zusammenfassend sei also nochmals betont, daß neben den dinglichen auch persönliche Ansprüche die Ersatzaussonderung begründen können.

2. Die Veräußerung der Gegenstände.

Weiter verlangt der § 46 KO., daß die Gegenstände „veräußert" worden sind. Der Begriff der Veräußerung soll hier einer genaueren Betrachtung unterzogen werden. Eine Veräußerung einer Sache liegt dann vor, wenn die Sache aus dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen Person durch Rechtsgeschäft übertragen wird.

Mentzel [15]) bestimmt den Begriff der Veräußerung kurz und präzise dahin, daß sie Vermögensänderung in bezug auf einen Vermögensgegenstand ist.

In sehr ausführlicher Weise setzt sich Schneider [16]) mit der Frage auseinander, was man unter Veräußerung im

[14]) Jäger, Anm. 5 zu § 43 KO.
[15]) Anm. 2 c zu § 46 KO.
[16]) S. 12 ff.

Sinne des § 46 KO. zu verstehen hat. Er stellt zunächst das Problem auf, ob eine Veräußerung nur dann vorliegt, wenn dem Verlust des Rechtes auf der einen Seite ein Erwerb des Rechtes auf der anderen Seite entspricht, oder ob sie schon in dem Falle erfolgt ist, wenn nur ein Verlust des Rechts bezweckt wird, ein Erwerb des Rechtes auf der anderen Seite aber nicht eintritt. Er legt überzeugend dar, daß die Veräußerung im Sinne der Konkursordnung nicht anders definiert werden kann, als im Bürgerlichen Gesetzbuche. Dort wird aber unter Veräußerung nur ein Verlust des Rechtes auf der einen Seite verstanden, welchem auf der anderen Seite ein Erwerb des Rechtes gegenübersteht. Dies hat besondere Bedeutung für die Frage, ob bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung an einen bösgläubigen Erwerber ein Ersatzaussonderungsanspruch gegeben ist. Man muß diese Frage jedoch, wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, grundsätzlich verneinen. Nur, falls der dinglich Berechtigte die Verfügung des Gemeinschuldners bzw. des Konkursverwalters genehmigt, liegt eine gültige Veräußerung vor. Dann ist also auch ein Ersatzaussonderungsanspruch möglich.

Eine Veräußerung kann nur durch ein dingliches Rechtsgeschäft bewirkt werden, dagegen haben obligatorische Rechtsgeschäfte niemals die Wirkung, eine Sache aus dem Vermögen jemandes in das Vermögen einer anderen Person zu übertragen. Aus diesem Grunde ist z. B. die Miete und Pacht, welche bekanntlich nach geltendem Rechte nur obligatorische Natur haben, kein Veräußerungsgeschäft. Wenn also der Aussonderungsgegenstand nur vermietet oder verpachtet wird, dann hat der Aussonderungsberechtigte nur einen Ersatzanspruch nach den Vorschriften der §§ 987 ff. BGB. Er kann aber diesen Anspruch nur als gewöhnliche Konkursforderung geltend machen, soweit der vor Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner eingezogene Miets- oder Pachtzins in Betracht

kommt. Dagegen ist ihm ein Ersatzaussonderungsanspruch auf die Miet- oder Pachtzinsforderung versagt. Falls der Miet- oder Pachtzins vom Konkursverwalter nach der Konkurseröffnung eingezogen worden ist, hat der Berechtigte nur einen Anspruch aus § 59 Ziff. 1 bzw. 3 KO. auf Erstattung aus der Konkursmasse [17]).

Als Hauptfall des § 46 KO. kann man denjenigen bezeichnen, bei welchem der auszusondernde Gegenstand durch Kauf oder Tausch in das Eigentum eines Dritten übergegangen ist. Allgemein anerkannt wird jedoch auch, daß eine Veräußerung im Sinne des § 46 KO. gegeben ist, wenn sie zwangsweise, sei es durch Zwangsvollstreckung oder durch Enteignung, erfolgt. Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage im 94. Bd. seiner Entscheidungen Seite 25 auseinandergesetzt. Es führt dort aus, daß auch eine Zwangsmaßnahme als Veräußerung bezeichnet werden muß [18]).

Nicht erforderlich ist es, daß die Veräußerung, wie dies bei der Übereignung, Abtretung und Indossierung zu geschehen pflegt, zu einer vollständigen Übertragung des Rechtes führen muß. Vielmehr kann auch schon in einer bloßen Belastung des Rechtes eine Veräußerung erblickt werden. Jäger [19]) bringt hier den Fall, daß der Gemeinschuldner als bloßer Bucheigentümer eine Dienstbarkeit oder Grundschuld verkaufsweise (§§ 433 Abs. 1 Satz 2, 449 BGB.) bestellt hat. Der Kaufpreis dafür bildet dann im Sinne des § 46 KO. die Gegenleistung.

Streit besteht darüber, ob die Einziehung einer fremden Forderung als Veräußerung gelten kann. Jäger [20]) verneint dies mit einer Einschränkung. Er behauptet, daß

---

[17]) Mentzel, Anm. 2 c zu § 46 KO.; Jäger, Anm. 8 zu § 46 KO.
[18]) Mentzel, Anm. 1 c zu § 46 KO.; Jäger, Anm. 8 zu § 46 KO.
[19]) Anm. 8 zu § 46 KO.
[20]) Anm. 9 zu § 46 KO.

nach dem Sprachgebrauche des Verkehrs von einer Veräußerung nicht gesprochen werden könne. Es fehle im Regelfalle, in welchem die Einziehung einer fremden Forderung durch den Nichtberechtigten den Anspruch des wahren Gläubigers weiter bestehen lasse, an einer die Anwendbarkeit des § 46 KO. rechtfertigenden Vereitelung des fremden Rechtes. Es entscheide auch nicht, daß eine Aussonderung des eingezogenen Betrages dem Forderungsberechtigten von großem Wert sein könne. Wenn jedoch der Konkursverwalter einen der Aussonderung unterliegenden Anspruch durch Einziehung getilgt habe, sei Raum für die Anwendung des § 46 KO. Die Tilgung der Schuld durch die Leistung an den Konkursverwalter wird also zur Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 46 erhoben. In eingehenden Ausführungen hat das Reichsgericht [21]) schlechthin bejaht, daß auch die Einziehung einer Forderung eine Veräußerung darstellt. Es stützt sich dabei mit Recht auf die Entstehungsgeschichte des § 46 [22]). Aus dieser ergibt sich, daß der Begriff der Veräußerung sehr weit gefaßt werden muß. Die Absicht des Gesetzgebers ging dahin, unter die „Veräußerung" alle wirtschaftlich gleichwertigen Vorgänge zu fassen, insbesondere auch die Einziehung fremder Forderungen durch den Konkursverwalter. Die Hingabe des Geldes oder die sonstige Leistung, die zum Zwecke der Tilgung der Schuld gegeben wurde, ist als Gegenleistung gegen die gleichzeitig gewährte Befreiung von der Schuld aufzufassen [23]). Daß die Schuld durch die Leistung an den Konkursverwalter tatsächlich getilgt werden muß, daß also bei vorangegangener Abtretung die Leistung gegenüber dem neuen Gläubiger gemäß § 407 BGB. wirksam sein muß, ist eine Einschränkung, welche nicht gerechtfertigt werden kann. Aus der Begründung zum Entwurfe

[21]) RGZ. Bd. 98 S. 146 ff.
[22]) Hahn, Materialien zur KO. S. 182—184.
[23]) Hellwig S. 224.

der Konkursordnung ist nichts zu entnehmen, was für die Annahme einer solchen Einschränkung spräche. Es lassen sich auch keine inneren Gründe für diese Auffassung ins Feld führen. Zutreffend ist zwar, daß bei Unwirksamkeit der Leistung gegenüber dem Berechtigten das fremde Recht nicht in dem Maße vereitelt wird, wie bei deren Wirksamkeit.

Der Ersatzaussonderungsanspruch kann jedoch auch dann von der allergrößten Bedeutung sein, wenn der Schuldner durch die Zahlung an den Konkursverwalter nicht befreit wird, z. B. wenn er inzwischen zahlungsunfähig geworden ist [24]). Dazu kommt, daß die Absicht des die Leistung bewirkenden Schuldners ebenso wie die des dieselbe annehmenden Konkursverwalters in den allermeisten Fällen dahin geht, das Schuldverhältnis gemäß § 362 BGB. zum Erlöschen zu bringen. Auch der Umstand, daß das Erlöschen des Schuldverhältnisses infolge der entgegenstehenden, ihrer Verfügungsmacht entzogenen Berechtigung eines Dritten nicht erreicht werden kann, nimmt dem Vorgange die Merkmale von Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 46 KO. nicht, so führt das Reichsgericht [25]) zutreffend aus.

Dem Begriffe der Veräußerung ist ferner wesentlich, daß die Sache durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten übertragen werden muß. § 46 KO. findet deshalb keine Anwendung bei Beschädigung oder Zerstörung fremder Sachen, wobei es gleichgültig ist, ob der Gemeinschuldner, der Konkursverwalter oder ein Dritter als Täter in Betracht kommt, bei verschuldetem oder zufälligem Untergang der Sache und bei Eigentumserwerb infolge Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung. Schadensersatzansprüche des Verletzten können von diesem höchstens als Konkursforderung oder Masseschuld-

[24]) Hellwig S. 225.
[25]) RGZ. Bd. 98 S. 149.

ansprüche nach § 59 Ziff. 1 bzw. 3 KO. geltend gemacht werden [26]).

Über den Zeitpunkt der Veräußerung bestimmt § 46 KO., daß die Gegenstände entweder vor der Eröffnung des Konkursverfahrens durch den Gemeinschuldner oder nach derselben durch den Konkursverwalter veräußert sein müssen.

Der Gemeinschuldner muß also v o r Konkurseröffnung veräußert haben. Wenn die Veräußerung durch ihn erst n a c h Eröffnung des Konkurses stattfand, dann wird von einigen [27]) angenommen, daß die Veräußerung gemäß § 7 KO. dem Konkursverwalter gegenüber unwirksam sei. Er habe deshalb die Möglichkeit, die Rückgewähr der veräußerten Gegenstände zur Konkursmasse zu beanspruchen oder könne die Veräußerung genehmigen, und dann die Gegenleistung zur Masse einziehen. Dies ist jedoch nicht zutreffend [28]). Denn die Ansprüche des Verletzten gegen den Gemeinschuldner bestimmen sich nicht nach Konkursrecht, sondern nach sonstigem Rechte. In Betracht kommen dafür insbesondere die §§ 667, 675, 681, 816 und 823 BGB., also Ansprüche aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigter Bereicherung, und unerlaubter Handlung. Die gegenteilige Meinung verkennt die Bedeutung des § 7 KO., welcher nur Rechtshandlungen des Gemeinschuldners betrifft, die tatsächlich die Konkursmasse in Mitleidenschaft ziehen. Dagegen steht es dem Gemeinschuldner ja frei, über sein Vermögen, welches nicht zur Konkursmasse gehört, zu verfügen. Also darf er auch dem Konkursverwalter und den Konkursgläubigern gegenüber über die Gegenstände verfügen,

[26]) Jäger, Anm. 10 zu § 46 KO., v. Sarwey-Bossert, Anm. 4 zu § 46 KO., Stieglitz S. 241 ff.

[27]) Brückner S. 25, Oetker ZZP. Bd. 25 S. 77, Petersen-Kleinfeller, Anm. 2 zu § 46 KO., Seuffert S. 99 Anm. 27, Wolff, Anm. 7 zu § 46.

[28]) Jäger, Anm. 11 zu § 46, v. Sarwey-Bossert, Anm. 4 zu § 46, v. Wilmowski, Anm. 6 zu § 46.

welche ihm gar nicht gehören. Der Konkursverwalter hat also gar kein Interesse an der Rückgewähr der vom Gemeinschuldner veräußerten Gegenstände, weil der Erlös dieser Veräußerung nicht zur Konkursmasse gehört, sondern in das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners fällt. Dem Berechtigten bleibt daher nur die Möglichkeit, das freie Vermögen des Gemeinschuldners, soweit überhaupt solches vorhanden ist, in Anspruch zu nehmen. Wenn der Konkursverwalter trotzdem den Erlös einer derartigen Veräußerung zur Konkursmasse ziehen würde, würde der Dritte einen Anspruch aus § 59 Ziff. 3 KO. gegen die Konkursmasse haben, da für eine Ersatzaussonderung in diesem Falle kein Raum ist, die Konkursmasse aber ungerechtfertigt bereichert wäre.

Das Gesetz verlangt weiter, daß die Gegenleistung im Zeitpunkte der Eröffnung des Konkursverfahrens noch aussteht bzw. daß sie nach Konkurseröffnung zur Masse eingezogen worden ist.

Wenn sie jedoch bereits vor derselben vom Gemeinschuldner in Empfang genommen worden ist, dann kann der Berechtigte nur seine Erfüllungs-, Bereicherungs- oder Schadensersatzansprüche als gewöhnliche Konkursforderungen geltend machen. Das Reichsgericht [29]) hat deshalb zutreffend entschieden, daß dem Berechtigten auch dann ein Ersatzaussonderungsanspruch nicht gegeben ist, wenn der Gemeinschuldner den eingezogenen Erlös auf seinen oder den Namen eines Angehörigen bei der Sparkasse eingezahlt und der Konkursverwalter das Guthaben für die Konkursmasse abgehoben hatte.

Zieht der Gemeinschuldner n a c h Konkurseröffnung die Gegenleistung, welche bei Konkurseröffnung noch ausstand, ein, so daß sie nicht in die Masse kommt, so hat der Konkursverwalter gegen den Erfüllenden einen Anspruch

[29]) Urteil des Reichsgerichts vom 17. September 1912, LZ. 1913 S. 156 f.

auf nochmalige Leistung in die Masse gemäß § 8 KO., es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 und 3 vorliegen. Wenn der Erfüllende nochmals zur Masse leisten muß, dann findet im Falle der Ersatzaussonderung § 46 S. 1 KO. Anwendung. Ist jedoch der Erfüllende bereits durch die Leistung an den Gemeinschuldner befreit, so ist auch für die Anwendung des § 46 KO. kein Raum mehr. Der Berechtigte hätte dann, falls er gegen den Gemeinschuldner Ansprüche aus den §§ 667, 816, 823 BGB. hätte, nur eine gewöhnliche Konkursforderung.

3. Die Gegenleistung.

Weiter ist für die Anwendung des § 46 KO. erforderlich, daß die Veräußerung entgeltlich erfolgt, daß sie von einer Gegenleistung abhängig gemacht worden ist. Die Gegenleistung ist, so definiert Jäger [30]) zutreffend, das Entgelt, welches auf Grund des der Verfügung unterliegenden Zweckgeschäftes geschuldet wird.

Die Gegenleistung ist bei Kauf- bzw. Tauschverträgen der Kaufpreis bzw. das Tauschobjekt. Das Recht auf die Gegenleistung, dessen Abtretung verlangt werden kann, ist also die Forderung auf den Kaufpreis bzw. auf das Tauschobjekt. Hat der Gemeinschuldner bzw. der Konkursverwalter unentgeltlich veräußert, so kommt ein Ersatzaussonderungsanspruch schon deshalb nicht in Frage, weil bei dem Fehlen einer Gegenleistung eine Abtretung des Rechtes auf dieselbe unmöglich ist. Der Berechtigte hat aber, falls die unentgeltliche Verfügung dem Dritten gegenüber wegen seines guten Glaubens rechtswirksam geworden ist, gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. einen Anspruch gegen ihn auf Herausgabe des durch die Verfügung erlangten. Im Konkurse des Dritten kann dieser Anspruch, weil er nur obligatorischer Natur ist, als gewöhnliche Konkursforderung geltend gemacht werden.

[30]) Anm. 13 zu § 46 KO.

Wenn der Gemeinschuldner fremdes, bis dahin unterscheidbar in seinem Vermögen befindliches Geld, um dadurch eine bestehende Schuld zu tilgen, seinem Gläubiger übereignet, so kommt ein Anspruch aus § 46 KO. deshalb nicht in Frage, weil hier weder ein Recht auf eine Gegenleistung, die noch aussteht, denkbar ist, noch auch eine zur Konkursmasse eingezogene Gegenleistung vorhanden sein kann.

Ist das Geld jedoch zur Begründung einer Darlehnsschuld hingegeben worden, so ist m. E. mit Jäger [31]) anzunehmen, daß der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns die Gegenleistung darstellt. Ist das Darlehn bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht zurückgezahlt worden, so ist eine Ersatzaussonderung nach § 46 Satz 1 KO. statthaft. Wenn dagegen die Rückzahlung bereits erfolgt ist, und sich das Geld noch unterscheidbar in der Konkursmasse befindet, dann findet § 46 Satz 2 KO. Anwendung. Ist aber das Geld mit anderem in der Konkursmasse befindlichen Gelde vermengt worden, so ist nur ein Masseanspruch gemäß § 59 Ziff. 3 KO. gegeben. Unzutreffend ist von Sarwey-Bossert [32]) der Ansicht, daß mit der Begründung des Anspruches auf Rückzahlung des Darlehns die Gegenleistung bereits vollzogen sei, ein Recht auf eine noch ausstehende Gegenleistung also nicht in Betracht kommen könne. Er kommt dabei zu dem Schluß, daß, falls der Gemeinschuldner das Geld vor Konkurseröffnung als Darlehn hingegeben hat, immer nur ein Masseanspruch gemäß § 59 Ziff. 1 oder 3 KO. geltend gemacht werden könne. Nur in dem Falle, daß der Konkursverwalter das Geld weggegeben habe, könne eine Ersatzaussonderung nach § 46 Satz 2 KO. in Betracht kommen, weil dann in der durch die Weggabe des Geldes entstandenen Forderung die Gegenleistung zu erblicken sei. Diese

[31]) Anm. 13 zu § 46.
[32]) Anm. 4 Ende zu § 46 KO.

Konstruktion ist aus dem Grunde unrichtig, weil schon in dem Anspruch auf Rückgabe des Darlehns die Gegenleistung zu sehen ist.

Ob bei einer Verpfändung fremder Gegenstände, welche nach § 1207 BGB. rechtswirksam geworden ist, ein Ersatzaussonderungsanspruch in Frage kommen kann, ist streitig. Hier ist ebenso wie in dem eben behandelten Falle der Hingabe fremden Geldes als Darlehn zu unterscheiden, ob die Verpfändung zur Sicherung einer bereits bestehenden oder einer noch zu begründenden Schuld erfolgt ist. Die Gegenleistung für die Verpfändung muß man in der Kreditgewährung sehen. Ein Ersatzaussonderungsanspruch ist also dann gegeben, wenn die Kreditgewährung bei Eröffnung des Konkursverfahrens noch ausstand. Wenn die Verpfändung zur Sicherung einer bereits bestehenden Schuld des Gemeinschuldners erfolgt, ist dagegen die Anwendbarkeit des § 46 KO. ausgeschlossen. Denn der Anspruch des Verpfänders auf Rückgabe des Pfandes bei Tilgung der Schuld oder auf Herausgabe des Pfanderlösüberschusses kann als Gegenleistung im Sinne des § 46 KO. für die Hingabe des Pfandes nicht in Frage kommen [33]). Das Urteil des Oberlandesgerichts in Braunschweig vom 22. April 1892 [34]) nimmt deshalb zu unrecht an, daß auch an dem Überschusse des Pfanderlöses ein Ersatzaussonderungsanspruch in soweit bestehe, als der Überschuß in die Konkursmasse gekommen sei. Gemäß §§ 1247 Satz 2, 1249 BGB. kann jedoch der Eigentümer den an die Stelle des Pfandes getretenen Überschuß vom Pfandgläubiger herausverlangen. Leistet dieser den Überschuß in die Masse, dann steht dem Eigentümer gemäß § 59 Ziff. 3 KO. ein Masseschuldanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu.

---

[33]) Jäger, Anm. 13 zu § 46 KO., Mentzel, Anm. 2 d zu § 46 KO., Meyer-Bleyer, Anm. 2 c zu § 46 KO., Petersen-Kleinfeller, Anm. 4 zu § 46 KO.

[34]) Seufferts Archiv Bd. 43 Nr. 226.

Das Reichsgericht hatte sich in einer Entscheidung vom 17. November 1925 [35]) mit der Frage zu beschäftigen, ob die Eigentümer von vertretbaren Sachen, deren Eigentum durch Vermischung zum Miteigentum an der Gesamtheit geworden ist, im Konkursfalle einen Ersatzaussonderungsanspruch haben. Es hat in diesem Falle zutreffend angenommen, daß dieser Anspruch nur dann geltend gemacht werden kann, wenn bei der Konkurseröffnung ein bestimmter Vorrat oder ein rechnungsmäßig bestimmbarer Anteil an dem gesamten Vorrat dem Berechtigten gehört hat. Wenn sich also die anteilmäßige Beteiligung nicht mehr feststellen läßt, so ist ein Anspruch aus § 46 KO. und auch aus § 59 Ziff. 3 KO. nicht gegeben [36]).

Einseitig verpflichtende Verträge des Gemeinschuldners können niemals einen Ersatzaussonderungsanspruch begründen, da bei ihnen eine Gegenleistung im Sinne des § 46 KO. nicht vorhanden ist. Denn die z. B. dem Verleiher bzw. dem Verwahrer zustehende actio commodati bzw. depositi kann als solche nicht aufgefaßt werden.

---

[35]) RGZ. Bd. 112 S. 102.
[36]) Vergl. Mentzel, Anm. 2 d zu § 46 KO.

III. Welchen Inhalt hat der Ersatzaussonderungsanspruch,

1. wenn die Gegenleistung noch aussteht.

Nachdem nunmehr die einzelnen Voraussetzungen des Ersatzaussonderungsanspruches erörtert worden sind, soll im folgenden dargelegt werden, welchen Inhalt dieser Anspruch hat. Das Gesetz unterscheidet dabei zweierlei, nämlich 1. wenn die Gegenleistung noch aussteht, und 2. wenn die Gegenleistung zur Konkursmasse eingezogen worden ist.

Steht die Gegenleistung noch aus, so kann der Aussonderungsberechtigte vom Konkursverwalter die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen. Es liegt also nicht eine cessio legis vor, bei welcher die Forderung unmittelbar kraft Gesetzes übergeht. Denn der Berechtigte kann die Abtretung nur „verlangen", er hat nur einen Anspruch auf die Abtretung. Man hat es also dabei mit einer sogenannten notwendigen Zession zu tun, oder wie Jäger [37]) sagt, mit dem Fall „einer erzwingbaren Abtretung (cessio necessaria)". Es bedarf deshalb eines besonderen Übertragungsaktes, ehe der Berechtigte den Anspruch aus § 46 KO. gegen den Dritten geltend machen kann.

Die Frage, ob die Gegenleistung noch aussteht, richtet sich nach dem einzelnen Falle. Sie ist nach allgemeinen

[37]) Vgl. Anm. 14 zu § 46 KO.

Rechtsgrundsätzen zu entscheiden [38]). In Betracht kommt in erster Linie, ob das Schuldverhältnis durch Erfüllung nach § 362 BGB. oder durch die sogenannten Erfüllungssurrogate nach §§ 364, 372 ff., 387 ff. BGB., nämlich durch Hingabe an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung erloschen ist. Insbesondere ist es sehr wohl denkbar, daß das Schuldverhältnis nach § 364 Abs. 1 BGB. zum Erlöschen gebracht worden ist, nämlich dadurch, daß eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt angenommen worden ist. Im Falle des § 364 Abs. 2 BGB. kann jedoch der § 46 KO. deshalb zur Anwendung kommen, weil die Gegenleistung hier noch aussteht. Dies wird z. B. immer dann vorliegen, wenn der Drittschuldner, um den Gemeinschuldner zu befriedigen, ihm gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernommen hat. Dies wird in der Regel dadurch geschehen, daß er einen Wechsel akzeptiert oder einen Eigenwechsel ausstellt. Da diese Verbindlichkeit im Zweifel nicht an Erfüllungsstatt, sondern nur erfüllungshalber eingegangen wird, so ist das Schuldverhältnis dadurch noch nicht erloschen. Es ist also die Möglichkeit eines Ersatzaussonderungsanspruches gegeben. Die Wechselforderung hat nämlich, trotzdem sie formell selbständig ist, nach dem Willen der Parteien nur die Bedeutung, die ursprüngliche Schuld zu sichern. Der Aussonderungsberechtigte kann deshalb neben der Abtretung der noch ausstehenden Forderung auch die Überweisung der Wechselforderung beanspruchen [39]).

Wenn die neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt eingegangen wurde, so besteht ein Ersatzaussonderungsanspruch auch bezüglich dieser neuen Verbindlichkeit, falls sie bei Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht erfüllt war, und infolge ihres Bestehens ein Anspruch aus

[38]) Vgl. Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung von 1875 S. 187.

[39]) Vgl. OLG. Hamburg in einer Entscheidung vom 9. November 1893 Seuffers Archiv Bd. 50 Nr. 71, Jäger, Anm. 15 zu § 46 KO.

§ 46 KO. bezüglich der ursprünglichen Forderung unmöglich gemacht wurde.

Wenn der Anspruch auf die Gegenleistung bei Konkurseröffnung dagegen nicht mehr ausstand, sondern der Gemeinschuldner die Gegenleistung bereits vorher eingezogen hatte, so entfällt damit der Ersatzaussonderungsanspruch. Der Berechtigte kann dann seinen Schaden nur als Konkursforderung geltend machen [40]).

2. Wenn die Gegenleistung zur Masse eingezogen worden ist.

Ist aber die Gegenleistung erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens zur Masse eingezogen worden, so kann sie der Berechtigte nach § 46 Satz 2 KO. aus der Masse beanspruchen. Dies setzt jedoch voraus, daß der eingezogene Gegenstand noch unterscheidbar in der Konkursmasse vorhanden ist [41]). Ist dies nicht der Fall, weil er z. B. untergegangen oder mit anderen Gegenständen vermischt worden ist, so ist eine Ersatzaussonderung nicht mehr möglich. Es besteht dann nur ein Masseanspruch gemäß § 59 Ziff. 1 bzw. 3 KO. [42]).

Wenn der Konkursverwalter den Gegenstand, welcher der Ersatzaussonderung unterlag, weiterveräußert hatte, so ist trotzdem ein Ersatzaussonderungsanspruch möglich, z. B. bezüglich des vom Verwalter dafür eingetauschten Gegenstandes [43]).

Eine Aussonderung des Entgeltes findet nur insoweit statt, als es die Gegenleistung für den veräußerten Gegen-

---

[40]) Mentzel, Anm. 3 zu § 46 KO., Meyer-Bleyer, Anm. 3 b zu § 46 KO. RGZ. Bd. 94 S. 25, Wolff, Anm. 8 zu § 46 KO.

[41]) Vgl. Jäger, Anm. 17 zu § 46 KO., Mentzel, Anm. 3 zu § 46 KO., Meyer-Bleyer, Anm. 3 c zu § 46 KO., RGZ. Bd. 41 S. 3, 94, S. 25, Bd. 98 S. 149 J. 1909 S. 424.

[42]) Vgl. RGZ. Bd. 43 S. 3.

[43]) Jäger, Anm. 17 zu § 46 KO.

stand ist. Daher kann eine Leistung aus einer neben dem Veräußerungsvertrage geschlossenen Vereinbarung nicht verlangt werden. Hat also z. B. der Gemeinschuldner fremdes Holz veräußert, und gleichzeitig das Schneiden des Holzes übernommen, so ist eine für das Holzschneiden entsprechende Vergütung von der Gegenleistung abzusetzen [44]).

Wenn dem Gemeinschuldner nicht gehörige Gegenstände zugleich mit anderen in seinem Eigentum stehenden Sachen veräußert wurden, so ist ein Ersatzaussonderungsanspruch nur bezüglich des für die fremden Gegenstände erhaltenen Kaufpreises möglich. Dies ist z. B. der Fall, wenn fremde bewegliche Sachen zusammen mit einem Grundstücke, welches dem Gemeinschuldner gehörte, versteigert worden sind [45]).

Ist der Wert des veräußerten Gegenstandes geringer als die dafür gegebene Gegenleistung, so kann der Aussonderungsberechtigte trotzdem die ganze Gegenleistung fordern. Denn die Konkursgläubiger haben keinerlei Ansprüche auf die nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände [46]).

---

[44]) RG. in einer Entscheidung vom 11. Jan. 1899, JW. von 1899 S. 96 ff. Nr. 32.

[45]) RGZ. Bd. 8 S. 204, JW. von 1898 S. 480.

[46]) Vgl. Wolff, Anm. 8 zu § 46 KO.

IV. Zu welcher Zeit muß das Ersatzaussonderungsrecht bestanden haben?

Welcher Zeitpunkt für das Bestehen des Ersatzaussonderungsanspruches maßgebend ist, ist streitig. Es werden vier verschiedene Ansichten vertreten. Seuffert [47]) ist der Meinung, daß der Zeitpunkt des Begehrens der Ersatzaussonderung in Betracht kommt. Eine zweite Ansicht [48]) geht dahin, daß die Zeit der gerichtlichen Geltendmachung maßgebend sei. Das Oberlandesgericht Braunschweig [49]) hält den Zeitpunkt der Konkurseröffnung für erheblich, während wieder andere [50]) behaupten, daß es auf die Zeit der Veräußerung ankomme. Letztere Ansicht ist m. E. zutreffend. Dies ergibt sich schon aus der Fassung des § 46 KO. („Hätte beansprucht werden können", nicht „beansprucht werden könnte".) Fitting [51]) führt ferner zutreffend aus, daß es ganz unberechenbar sei, namentlich auch in Rücksicht auf die Möglichkeit der Ersitzung, ob der Gegenstand, wenn er nicht veräußert worden wäre, noch der Aussonderung unterworfen sein würde. Es ist aber auch weiter zu beachten, daß die zur Ersatzaussonderung führende Haftung des Gemeinschuldners nicht etwa aus dem Grunde wegfällt, weil beim Unterbleiben der Ver-

---

[47]) Seite 100 Anm. 30.

[48]) Vgl. Hellwig S. 227, Petersen-Kleinfeller, Anm. 1 zu § 46 KO., v. Wilmowski, Anm. 2 zu § 46 KO.

[49]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 49 Nr. 226.

[50]) Vgl. Fitting S. 270 Anm. 28, Jäger, Anm. 6 zu § 46 KO.

[51]) Vgl. S. 270 Anm. 28.

äußerung eine von dem Gemeinschuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Herausgabe eintreten würde.

Der Zeitpunkt der Konkurseröffnung ist jedoch auch nicht ganz ohne Bedeutung. Wenn nämlich der Gemeinschuldner schon vor dieser Zeit veräußert hatte, dann müßte der Aussonderungsanspruch auch noch bei Eröffnung des Konkursverfahrens bestanden haben, falls die Veräußerung unterblieben wäre. Denn wäre dies nicht der Fall, dann würde auch eine Aussonderung aus der Masse nicht möglich sein [52]).

Die Zeit der gerichtlichen Geltendmachung des Ersatzaussonderungsanspruches ist gleichfalls nicht maßgebend. Die Anhänger dieser Ansicht irren, wenn sie glauben, daß sich dies aus § 941 BGB. ergebe. Denn die Geltendmachung dieses Anspruches würde eine Ersitzung nicht unterbrechen können [53]).

---

[52]) Vgl. Mentzel, Anm. 1 zu § 46 KO.
[53]) Vgl. Jäger, Anm. 6 zu § 46 KO.

V. Welchen Rechtsgrund hat der Ersatzaussonderungsanspruch?

Im folgenden soll auf den Rechtsgrund des Ersatzaussonderungsanspruches näher eingegangen werden.

Die herrschende Ansicht[54]) steht auf dem Standpunkte, daß der Grund des Anspruches aus § 46 KO. stets in ungerechtfertigter Bereicherung zu sehen sei. Von Sarwey-Bossert führt dazu aus, es läge in allen Fällen des § 46 KO. ungerechtfertigte Bereicherung vor. Wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung veräußert habe, und die Gegenleistung noch ausstehe, so würde es eine materiell ungerechtfertigte Bereicherung der Masse darstellen, wenn der Konkursverwalter eine Forderung, die das Entgelt für eine mit dem Aussonderungsrecht eines Dritten behaftet gewesene Sache bilde, einziehen oder behalten dürfe. Ebensowenig dürfe es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Konkursgläubigern zum Vorteil gereichen, wenn der Verwalter selbst eine mit Aussonderungsrecht behaftete Sache veräußere. Sie dürften nicht durch das Behalten oder Einziehen der Forderung bereichert werden. Und auch wenn der Verwalter nach Eröffnung des Konkursverfahrens die Gegenleistung für eine, sei es von ihm oder von dem Gemeinschuldner veräußerte Sache der genannten Art eingezogen habe, würde das Behalten oder Verwerten dieser eingezogenen Gegenleistung zu Gunsten der Konkursgläubiger gleichfalls eine ungerechtfertigte Bereicherung der Letzteren zur Folge haben.

---

[54]) Kohler-Lehrbuch S. 180, Petersen-Kleinfeller, Anm. 4 zu § 46 KO., von Sarwey-Bossert, Anm. 1 zu § 46 KO., Seuffert S. 100.

An einer ungerechtfertigten Bereicherung der Konkursmasse fehlt es aber, wenn der Gemeinschuldner schon v o r der Konkurseröffnung veräußert hatte, so daß entweder die Gegenleistung nach Konkursbeginn noch ausstand oder, daß sie erst nach diesem zur Masse eingezogen wurde. Denn dann ist nicht erst die Konkursmasse ungerechtfertigt bereichert worden, sondern das Vermögen des Gemeinschuldners war bereits vor Konkurseröffnung bereichert.

Kohler [55]) ist der Meinung, daß der Ersatzaussonderungsanspruch im Falle des entgeltlichen Erwerbes durch den Gemeinschuldner sich nur auf den Gewinn erstrecke, welcher bei der Weiterveräußerung erzielt worden sei. Wenn aber zum gleichen oder einem niedrigeren Preise weiterveräußert wurde, dann könne ein Anspruch aus § 46 KO. nicht in Frage kommen. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Denn aus dem Gesetz ergibt sich nichts, was für sie sprechen könnte. Eine Beschränkung der Haftung auf die noch vorhandene Bereicherung, wie dies zum Beispiel im § 818 Abs. 3 BGB. bestimmt wird, ist im § 46 KO. nicht vorgesehen. Dies kann man aus dem Wortlaut des § 46 KO. deutlich entnehmen. Denn dort heißt es ausdrücklich, daß die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangt werden kann, „s o w e i t" sie noch aussteht und daß die Gegenleistung aus der Konkursmasse beansprucht werden kann „s o w e i t" sie nach Konkurseröffnung zur Masse eingezogen wurde. Demnach kann also in vollem Umfange der Ersatzaussonderungsanspruch geltend gemacht werden. Irgendeine Beschränkung findet also nicht statt.

Oetker [56]) behauptet, daß sich der Anspruch aus § 46 KO., wenn die Veräußerung durch den Gemeinschuldner erfolgt sei, als condictio sine causa, falls aber

[55]) Vgl. Lehrbuch S. 180.
[56]) ZZP. Bd. 25 S. 77.

der Konkursverwalter veräußert habe, als actio negotiorum gestorum darstelle. Auch dies ist jedoch nicht zutreffend. Denn im Falle der Veräußerung durch den Gemeinschuldner kommt nicht immer bloß ein Bereicherungsanspruch in Betracht. Es kann auch z. B. ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aus Auftrag oder aus unerlaubter Handlung in Frage kommen. Gleichfalls unzutreffend ist, daß bei Veräußerung durch den Konkursverwalter stets eine actio negotiorum gestorum als Rechtsgrund in Betracht käme. Denn dem Konkursverwalter wird in den allermeisten Fällen bei der Veräußerung des auszusondernden Gegenstandes überhaupt nicht bekannt sein, daß an diesem Gegenstande ein Aussonderungsrecht besteht. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag ist demnach dann nicht denkbar.

Zutreffend ist vielmehr, daß neben ungerechtfertigter Bereicherung auch Ansprüche aus entgeltlicher oder unentgeltlicher Geschäftsbesorgung sowie auch aus unerlaubter Handlung als Rechtsgrund des Ersatzaussonderungsanspruches in Betracht kommen können. Den gleichen Standpunkt vertritt auch Jäger [57]), welcher ausführt, daß Ansprüche auf die Gegenleistung auch in rechtsgeschäftlichen Tatbeständen, besonders in entgeltlicher oder unentgeltlicher Geschäftsbesorgung (§§ 667, 675, 681 BGB., §§ 384, 392 HGB.), in gesetzlicher, eine Verfügung eigenen Namens gestattender Vermögensverwaltung (z. B. § 1374 BGB.) und namentlich in unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB., §§ 10 ff. Depotgesetz) begründet sein können. Aus § 46 KO. kann man keineswegs herauslesen, daß nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung als Grund der Ersatzaussonderung gelten können. Es wäre auch gar nicht zu verstehen, weshalb lediglich Bereicherungsansprüche geschützt sein sollten.

[57]) Vgl. Anm. 2 zu § 46 KO.

An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, daß Wolff [58]) der Ansicht ist, daß die Veräußerung, welche der Gemeinschuldner auf Grund eines Auftrages oder in einer vom Geschäftsherrn genehmigten Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeführt habe, nicht in den Bereich des § 36 KO. falle. Das Recht auf die Gegenleistung stehe dem Eigentümer in diesen Fällen, vorausgesetzt, daß die Vertretung dem Dritten erkennbar gewesen sei, auf Grund des Vertragsverhältnisses zu, ohne daß es erst noch einer Übertragung des Rechtes auf die Gegenleistung bedürfe. Wenn dem Dritten das Vertretungsverhältnis nicht erkennbar gewesen sei, so stehe dem Geschäftsherrn nur eine Konkursforderung zu. Dieser Meinung kann aber m. E. nicht in vollem Umfange beigepflichtet werden. Es ist zwar richtig, daß § 46 keine Anwendung finden kann, wenn die Veräußerung im Namen des Geschäftsherrn erfolgt ist, denn dann hat er nach § 164 BGB. die Forderung auf die Gegenleistung unmittelbar erworben. Eine Abtretung, wie sie vom § 46 KO. vorgeschrieben wird, könnte dann also gar nicht mehr möglich sein [59]). In allen anderen Fällen aber ist ein Ersatzaussonderungsanspruch und nicht nur eine gewöhnliche Konkursforderung gegeben. Man kann dies schon aus der Begründung zum Entwurfe einer Konkursordnung von 1875 [60]) entnehmen, wo dargelegt wird, daß es nicht erforderlich sei, den Grundsatz des § 46 für einzelne Rechtsgeschäfte besonders zu bekräftigen, wie dies z. B. im § 25 Abs. 2 der Preuß. Konkursordnung zugunsten der Verkaufskommissionen geschehen sei.

---

[58]) Vgl. Anm. 2 zu § 46 KO.
[59]) Vgl. Fitting S. 271 Anm. 29, Jäger, Anm. 2 zu § 46 KO.
[60]) Seite 187.

VI. Kann der Eigentumsvorbehalt einen Ersatzaussonderungsanspruch begründen?

In den nunmehr folgenden Ausführungen soll die Frage näher behandelt werden, ob der Eigentumsvorbehalt, wie er im § 455 BGB. geregelt ist, die Grundlage für den Ersatzaussonderungsanspruch bilden kann, wenn die unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sachen vom Gemeinschuldner weiterveräußert wurden. Bereits in den einleitenden Bemerkungen wurde gesagt, daß derjenige, welcher Waren unter Eigentumsvorbehalt veräußert hat, im Konkurse des Käufers ein Aussonderungsrecht hat, falls sich die Waren noch im Besitze des Gemeinschuldners befinden. Nun möchte man der Ansicht sein, daß im Falle der Weiterveräußerung der Waren durch den Gemeinschuldner der bisherige Eigentümer einen Ersatzaussonderungsanspruch geltend machen könnte, da es sich dabei um Gegenstände handelt, deren Aussonderung im Falle ihres Vorhandenseins in der Konkursmasse hätte beansprucht werden dürfen. Dies ist jedoch nicht zutreffend. In der Regel gewährt vielmehr der Eigentumsvorbehalt keinen Ersatzaussonderungsanspruch. Es sei folgender Fall angenommen: Der Kaufmann A verkauft dem B Waren unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises, welche dieser in seinem Geschäftsbetriebe weiterveräußern will. B veräußert die Waren weiter an C, erhält aber von ihm noch nicht den Kaufpreis. Noch vor Empfangnahme dieses Kaufpreises fällt B in Konkurs.

Hier würde man „auf den ersten Besicht", wie das Reichsgericht [61]) sagt, der Ansicht sein, daß ein Anspruch aus § 46 KO. in Frage käme, nämlich daß A die Abtretung der noch ausstehenden Kaufpreisforderung verlangen könne. Wenn man jedoch diesen Fall näher untersucht, so ergibt sich, daß die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 46 KO. nicht gegeben sind. Dem Oberlandesgericht Stettin [62]), welches in seinen Erkenntnissen vom 3. März und 3. April 1913 in diesem Falle einen Ersatzaussonderungsanspruch für gegeben erachtet hat, kann nicht zugestimmt werden. Es führt dort etwa folgendes aus: Es sei mit dem Eigentumsvorbehalt durchaus vereinbar, daß der Gemeinschuldner die ihm gelieferten Waren weiterverkaufe und daß der Erwerber solcher Waren nach § 932 BGB. und § 366 HGB. Eigentum daran erworben habe. Durch den Verlust seines Eigentums habe der bisherige Eigentümer einen Anspruch auf Ersatzaussonderung der Kaufpreisforderung erworben. Denn solange er Eigentümer geblieben sei, habe er mit der rei vindicatio sein Eigentum geltend machen können. Auch die Berechtigung des Schuldners, trotz des Eigentumvorbehaltes über die Waren durch Weiterveräußerung zu verfügen, schließe den Ersatzaussonderungsanspruch nicht aus. Denn es werde mit Recht angenommen, daß der Ersatzaussonderungsanspruch auch auf den Fall befugter Veräußerung fremder Vermögensgegenstände Anwendung finde [63]).

Zunächst ist zu verneinen, daß es sich um einen aussonderungsfähigen Gegenstand handelt. Denn nach dem Inhalt des zwischen A und dem Gemeinschuldner B geschlossenen Vertrages sind die Waren von A dem B mit der Maßgabe zum Besitz überlassen worden, daß sie Eigentum des A bis zum Zeitpunkt ihres Weiterverkaufs bleiben sollten. A war also nur bis

[61]) Vgl. RGZ. Bd. 115 S. 263.
[62]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 68 Nr. 163 S. 296 f.
[63]) Vgl. Meyer-Bleyer, Anm. 2 b zu § 46 KO.

zur Weiterveräußerung der Waren durch B sichergestellt. Mit diesem Augenblicke verlor er sein Eigentum und damit zugleich die dadurch bewirkte Sicherung seiner Kaufpreisforderung. Deshalb war auch das Aussonderungsrecht des A nur beschränkt. Es konnte nur bis zur Weiterveräußerung der Waren geltend gemacht werden. In demselben Maße wie das Aussonderungsrecht wird aber auch der Ersatzaussonderungsanspruch nach § 46 KO. eingeschränkt. Ein solcher ist also dann nicht gegeben, wenn der Gemeinschuldner die Waren berechtigterweise weiterveräußert hat.

Dies läßt sich auch aus dem Zwecke des Gesetzes herleiten. Das Reichsgericht [64]) nimmt hier zutreffend auf die Begründung des Entwurfs der Konkursordnung zu § 38 Bezug. Es heißt dort [65]) folgendermaßen: „Es würde aber zu einer offenbaren Unbilligkeit ausschlagen, wollte man gestatten, daß der Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehörte, und die er unrechtmäßig veräußert hatte, zur Konkursmasse und zur Verteilung unter alle Konkursgläubiger einzöge. Die Billigkeit verlangt, daß auch hier die Forderung auf den Erlös als dem Vindikationsberechtigten zustehend angesehen werde." Der Ersatzaussonderungsanspruch ist also nur dann gegeben, wenn der Gemeinschuldner nicht berechtigt war, die Waren weiter zu veräußern, und die Weiterveräußerung dem Berechtigten gegenüber nach §§ 932 BGB. bzw. 366 HGB. Wirksamkeit erlangt hat.

Auch Jäger [66]) teilt diese Auffassung. Er geht davon aus, daß durch § 46 KO. Ansprüche nicht neu geschaffen, sondern nur verstärkt werden können. Demnach könne es auch nicht der Zweck des Gesetzes sein, dem Vermögen des Gemeinschuldners im Konkurse eine Haftung auf-

[64]) RGZ. Bd. 115 S. 264.
[65]) Seite 183.
[66]) Anm. 3 zu § 46 KO.

zuerlegen, die außerhalb des Konkurses nicht bestehe. Denn darin würde eine höchst unangemessene Begünstigung auf Kosten des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger zu sehen sein. Ebenfalls dieser Ansicht ist Hellwig [67]). Er führt nämlich zur juristischen Natur des Ersatzaussonderungsanspruches etwa folgendes aus: Sie bestehe darin, daß der Anspruch auf die durch die Veräußerung gewonnene Gegenleistung ein Ersatz für den Verlust der Möglichkeit sei, die Herausgabe der veräußerten Gegenstände selbst aus der Konkursmasse zu erlangen. Der Schutz des Eigentums, welcher im allgemeinen durch die dingliche Klage gewährt werde, werde erweitert durch die persönliche Klage auf Abtretung des Vermögensrechts, das der Veräußerer durch die Verfügung über das fremde Vermögen erlangt habe, durch eine Verfügung, zu der er kein Recht hätte.

Auch das Oberlandesgericht in Kiel nimmt in seiner Entscheidung vom 28. März 1913 [68]) zutreffend an, daß der Eigentumsvorbehalt nicht zu einer Anwendung des § 46 KO. führen kann, wenn die Waren mit Genehmigung, also berechtigterweise, vom Gemeinschuldner weiterveräußert wurden.

Falls jedoch die Vereinbarung der Parteien über den Eigentumsvorbehalt dahin ging, daß der Käufer bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises nicht berechtigt sein sollte, die Waren weiter zu veräußern, dann hat der Verkäufer im Konkurse des Käufers ein Aussonderungsrecht, falls dieser entgegen der Abrede die Waren weiterveräußerte und die Weiterveräußerung dem Verkäufer gegenüber deshalb wirksam wurde, weil der Erwerber nach den Vorschriften über den guten Glauben Eigentümer der Waren wurde.

---

[67]) Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 68 S. 248.

[68]) Seufferts-Archiv Bd. 68 S. 297 ff. Nr. 163.

Eine derartige Abrede, daß der Käufer nicht das Recht haben soll, die Waren weiter zu veräußern, wird jedoch praktisch kaum vorkommen. Denn sie würde Handel und Wandel unmöglich machen. Der Eigentumsvorbehalt spielt jedoch gerade im Geschäftsleben eine ganz bedeutende Rolle.

Um sich nun doch im Konkurse ihrer Abnehmer zu schützen, haben eine ganze Anzahl kaufmännischer Unternehmungen ihren Verkaufsbedingungen ein vertragliches Ersatzaussonderungsrecht für den Fall des Eigentumsvorbehalts eingefügt. Eine derartige Bestimmung kann etwa folgendermaßen lauten: „Wenn der Käufer die Waren weiterveräußert, so hat, falls über das Vermögen des Käufers das Konkursverfahren eröffnet wird, der Verkäufer das Recht, die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, in Höhe des zwischen den Vertragschließenden vereinbarten Kaufpreises zu verlangen."

Eine solche Vertragsklausel würde aber dem Gesetz vollkommen widersprechen, da es, wie eben erörtert, in diesem Falle einen Ersatzaussonderungsanspruch nicht gewährt. Der Konkursverwalter würde deshalb das Recht haben, eine derartige in die Verkaufsbedingungen aufgenommene Vertragsbestimmung gemäß § 31 Ziff. 1 KO. anzufechten. Dort heißt es nämlich, daß alle Rechtshandlungen anfechtbar sind, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Daß eine Benachteiligung der Konkursgläubiger erfolgen würde, ist zweifellos. Auch die Benachteiligungsabsicht wird in diesen Fällen stets gegeben sein, da ja durch Vertrag etwas, was gesetzlich unzulässig ist, in Geltung gesetzt werden soll [69]).

M. E. ist der bisherige gesetzliche Zustand, bei welchem der Eigentumsvorbehalt einen Ersatzaussonderungs-

[69]) Vgl. Richter in Konkurs- und Treuhandwesen 1928 S. 4.

anspruch in dem Falle der berechtigterweise erfolgenden Weiterveräußerung nicht zur Folge hat, nicht gerade billig. In einer Zeit großer wirtschaftlicher Blüte, in der nur selten Konkursverfahren eröffnet werden, bedürfen die Verkäufer einer nicht so starken Sicherung, um sich gegen Verluste zu schützen. Sie werden sich in solchen Zeiten auch nur in den seltensten Fällen das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten. In Zeiten einer wirtschaftlichen Depression dagegen kommt es sehr darauf an, die Verkäufer möglichst sicherzustellen. Um diesem Zwecke gerecht zu werden, würde der Eigentumsvorbehalt in besonderem Maße geeignet sein, falls er in jedem Falle im Konkurse des Käufers einen Ersatzaussonderungsanspruch gewährleistet. Es müßte deshalb von allen kaufmännischen Interessenvertretungen, insbesondere von den Industrie- und Handelskammern, darauf hingewirkt werden, in die Konkursordnung unter § 46 a eine besondere Bestimmung aufzunehmen, welche etwa folgendermaßen lauten müßte: „Hat sich der Verkäufer an den von ihm verkauften Sachen das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist er im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers berechtigt, falls die Sachen von dem Gemeinschuldner weiterveräußert wurden, die Abtretung des Rechts auf die noch ausstehende Gegenleistung in Höhe des zwischen ihm und dem Gemeinschuldner vereinbarten Kaufpreises zu verlangen.

VII. Welche konkursrechtliche Natur hat der Ersatzaussonderungsanspruch?

Zum Schluß bleibt noch zu erörtern, welche konkursrechtliche Natur die Ansprüche aus § 46 KO. haben. Nach der einen Ansicht, die u. a. von Seuffert [70]), Mandry, Geib [71]) und Stieglitz [72]) vertreten wird, sind sie Masseansprüche im Sinne des § 59 Ziff. 3 KO. Nach der herrschenden Meinung [73]) gewährt der § 46 KO. eine wahre Ersatzaussonderung, nicht nur einen Aussonderungsersatz. Oetker [74]) behauptet, daß der Anspruch aus § 46 KO. weder Masse noch Aussonderungsanspruch sei, sondern daß es sich bei ihm um eine ganz besondere Anspruchsart handele.

Die Ansicht Oetkers ist abzulehnen. Er hält die Einteilung der Ansprüche an den Konkursverwalter in vier Klassen, nämlich Aussonderungs-, Absonderungs- und Masseansprüche, sowie Konkursforderungen, für zu eng. Es werde dabei die selbständige Natur der in § 46 KO. gewährten Berechtigungen verkannt. Sie seien Surrogate für vereitelte Aussonderungsansprüche, jedoch nicht Aussonderungsansprüche selbst. Eine selbständige, besondere Anspruchsart kann aber m. E. aus § 46 KO. nicht konstruiert werden. Schon allein die Tatsache, daß der § 46

[70]) Vgl. S. 100.
[71]) Vgl. S. 335 ff.
[72]) Vgl. S. 242.
[73]) Vgl. Jäger zu § 46 KO., Hellwig S. 247 ff., 252 ff., Fitting S. 271, Anm. 29, v. Sarwey-Bossert, Anm. 6 zu § 46 KO., Wolff, Anm. 2 zu § 46 KO.
[74]) Vgl. ZZP. Bd. 25 S. 71 ff.

im Rahmen der Konkursordnung keinen besonderen Titel erhalten hat, sondern in den vierten Titel, welcher die Überschrift „Aussonderung" trägt, aufgenommen worden ist, beweist, daß der Gesetzgeber damit keine neue Anspruchsart schaffen wollte. § 46 ist eben nur eine Erweiterung der im § 43 KO. geregelten Aussonderung.

Abzulehnen ist auch die Anschauung, daß die Ansprüche aus § 46 Masseansprüche seien. Es sind vielmehr wahre Aussonderungsansprüche. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 46 KO. mit aller Deutlichkeit. Nach der preußischen Konkursordnung von 1855 gewährte der § 23 dem Eigentümer, soweit die Gegenleistung auf den Kaufpreis noch ausstand, einen „Vindikationsanspruch", also einen Aussonderungsanspruch. Nach § 44 dagegen hatte der Eigentümer, soweit die Gegenleistung zur Konkursmasse bereits eingezogen war, nur einen Anspruch als Massegläubiger. In die Reichskonkursordnung sind jedoch diese Unterschiede in der Behandlung nicht aufgenommen worden. Beide Fälle werden vielmehr ganz gleichmäßig behandelt. Dazu kommt, wie eben erwähnt, daß der § 46 in den vierten Titel „Aussonderung" eingereiht worden ist. Dadurch ist vom Gesetzgeber genügend zum Ausdruck gebracht worden, daß er die Ansprüche aus § 46 KO. nicht als Masseansprüche, sonst hätte er sie in den Rahmen des § 59 KO. einordnen müssen, sondern als Aussonderungsansprüche behandelt wissen wollte.

Aber auch der Inhalt des Ersatzaussonderungsanspruches beweist, daß ein Masseanspruch bei ihm nicht in Frage kommt. Denn das Recht auf die Gegenleistung tritt an die Stelle des veräußerten Gegenstandes, welcher, wenn er noch in der Masse vorhanden wäre, der Aussonderung unterliegen würde. Es ist also selbst Gegenstand der Aussonderung geworden [75]).

[75]) Vgl. Wolff, Anm. 2 zu § 46 KO.

Ein Masseanspruch liegt auch deshalb nicht vor, weil § 59 Ziff. 3 KO. stets eine ungerechtfertigte Bereicherung der Konkursmasse verlangt. Von einer solchen ist aber im Rahmen des § 46 KO. immer dann nicht die Rede, wenn die Gegenstände vom Gemeinschuldner schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens veräußert wurden. Denn schon mit dem Zeitpunkte der Veräußerung gehörte die Forderung, die der Gemeinschuldner dadurch erlangte, zu seinem Vermögen, und damit nach § 1 KO. zur Konkursmasse. § 59 Ziff. 3 KO. verlangt aber, daß die Bereicherung erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten ist.

Doch auch der Anspruch aus § 46 Satz 2 KO. ist Aussonderungs-, nicht Masseanspruch. Hier wird die Ansicht vertreten [76]), daß, soweit die Gegenleistung nach der Eröffnung des Verfahrens zur Masse eingezogen worden ist, stets ein Masseanspruch in Betracht komme. Für diese Ansicht spricht die Tatsache, daß in diesen Fällen eine Bereicherung der Konkursmasse stattgefunden hat. Aber auch hier spricht die Einordnung des Anspruches in den §§ 46 KO. gegen die Annahme eines Masseanspruches. Wenn dies hätte der Fall sein sollen, so würde der Gesetzgeber, wie er es z. B. bei der preußischen Konkursordnung getan hat, die beiden Fälle voneinander getrennt haben. Er hätte dann den in § 46 Satz 2 KO. behandelten Fall in den § 59 KO. einordnen müssen. Dazu kommt, daß das Gesetz beiden Ansprüchen aus § 46 KO. einen einheitlichen Inhalt gegeben hat. Denn der Anspruch aus § 46 Satz 1 geht auf Abtretung des noch ausstehenden Rechtes auf die Gegenleistung und der aus Satz 2 auf Herausgabe der zur Masse eingezogenen, noch unterscheidbar vorhandenen Gegenleistung. Es geht also nicht an, daß man die Ansprüche aus § 46 KO. verschieden behandelt, sie im Falle des Satz 1 als wahre Aussonderungsansprüche, im

[76]) Vgl. Petersen-Kleinfeller, Anm. 4 zu § 46 KO.

Falle des Satz 2 aber als Masseansprüche bezeichnet. Die Ansprüche sind vielmehr, ganz gleichgültig, ob sie aus Satz 1 oder Satz 2 des § 46 hergeleitet werden, Aussonderungsansprüche.

Von praktischer Bedeutung ist dies dafür, daß die §§ 60, 116 Satz 2, 172, 191 und 205 Abs. 2 KO. bei § 46 keine Anwendung finden, weil diese Bestimmungen nur bei Masseansprüchen in Frage kommen.

Lebenslauf.

Ich, Kurt Ernst Wilhelm Unger, wurde am 9. Juli 1900 in Lüben in Schlesien als Sohn des damaligen Königl. Bahnmeisters Kurt Unger und dessen Ehefrau Minna geborene Opitz geboren. Nach dem Besuch der Vorschule des Städt. Gymnasiums in Liegnitz trat ich Ostern 1909 in die Sexta des Gymnasiums ein. Am 2. März 1920 bestand ich daselbst die Reifeprüfung. Vom Sommersemester 1920 bis zum Wintersemester 1923/24 widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften, und zwar 6 Semester an der Friedrich-Wilhelms-Universität in Breslau, 1 Semester an der Friedrich-Franz-Universität in Rostock. Am 4. August 1924 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Breslau das erste juristische Staatsexamen. Vom 1. September 1924 bis 8. Oktober 1927 war ich im Vorbereitungsdienst bei der Staatsanwaltschaft, dem Amts- und Landgericht Liegnitz, bei Rechtsanwalt und Notar Wentzel in Liegnitz und bei dem Oberlandesgericht in Breslau beschäftigt. Am 5. März 1928 habe ich vor dem juristischen Landesprüfungsamt in Berlin die zweite juristische Staatsprüfung bestanden. Nach Ernennung zum Gerichtsassessor war ich kurze Zeit als Hilfsrichter bei dem Amtsgericht in Zobten (Bez. Breslau) tätig. Am 1. Mai 1928 wurde ich als Rechtsanwalt bei dem Amts- und Landgericht in Liegnitz zugelassen, wo ich die Praxis gemeinsam mit Herrn Rechtsanwalt und Notar Wentzel in Liegnitz ausübe. Am 18. Februar 1929 habe ich die mündliche Doktorprüfung bestanden.

Die Anregung zu dieser Arbeit habe ich von Herrn Oberlandesgerichtsrat Professor Dr. Schott erhalten, dem ich auch an dieser Stelle meinen besten Dank für die mir durch ihn zuteil gewordene Förderung aussprechen möchte.